

COTAS PARA NEGROS EM CONCURSOS PÚBLICOS FEDERAIS: UMA ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 12.990/14.

QUOTA FOR BLACKS IN FEDERAL PUBLIC PROCUREMENT: AN ANALYSIS OF THE LAW CONSTITUTIONALITY 12,990 / 14.

Yuri Daniel Marques Ramos

Curso de Pós-Graduação em Direito Público pela Universidade Anhanguera-Uniderp

Polo de Brasília, DF

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo discutir a constitucionalidade da Lei 12.990/2014, que estabelece cotas para negros em concursos públicos federais, com base na noção de justiça distributiva apresentada pelo filósofo e jurista Ronald Dworkin.

Palavras-chave: Ações afirmativas, cotas, negros, concursos, lei, constitucionalidade, princípios, igualdade formal, igualdade material, justiça distributiva.

ABSTRACT

This paper aims to discuss the constitutionality of Law 12,990 / 2014, which establishes quotas for blacks in federal procurement, based on the notion of distributive justice presented by philosopher and jurist Ronald Dworkin.

Keywords: Affirmative action, quotas, black, competition, law, constitutionality, principles, formal equality, material equality, distributive justice.

INTRODUÇÃO

A igualdade “é um dos temas mais controvertidos no Direito. Ao longo da história, diferentes formas de sociedade e de Estado foram organizadas em função desse princípio e diversas foram as concepções de igualdade nas sociedades humanas.”.(RODRIGUES, 2010, p. 207).

Com o intuito de aferir a constitucionalidade da Lei 12.990, que trata das cotas para negros em concursos públicos federais, faremos um breve retrospecto dos principais diplomas internos e internacionais. Após uma análise dos principais dados socioeconômicos dos negros em relação ao mercado de trabalho.

Depois faremos uma breve verificação dos principais conceitos e requisitos das ações afirmativas placitados pela doutrina brasileira com o objetivo de identificar o conteúdo necessário que tal lei deve conter.

Por fim aprofundaremos na busca por um fundamento que traga legitimidade para as ações afirmativas em concursos públicos utilizando as ideias de Dworkin como guia nessa tarefa.

1. ANTECEDENTES DA LEI 12.990/2014

O advento da Lei 12.990/14 deve ser entendido não como um evento isolado mas num contexto histórico mais amplo visto que a luta contra a discriminação e pela efetivação da igualdade material vem de longa data.

Basicamente verifica-se a existência de dois modelos de combate às práticas de discriminação racial. No primeiro, chamado de repressivo, os Estados cuidam de editar normas proibitivas de discriminação nos âmbitos penal, administrativo, civil e trabalhista.

Ao longo do tempo verificou-se o surgimento e crescimento de uma segunda tendência, intitulada de modelo das ações afirmativas, que vem somar-se ao arcabouço normativo do primeiro modelo. Sob a vertente promocional os Estados

adotam um posicionamento mais ativo, promovendo a integração, a inclusão dos grupos discriminados na sociedade. Como bem lembra Flávia Piovesan:

“Se o combate à discriminação é medida emergencial à implementação do direito à igualdade, todavia, por si só, é medida insuficiente. É fundamental conjugar a vertente repressiva-punitiva com a vertente promocional. Faz-se necessário combinar a proibição da discriminação com políticas compensatórias que acelerem a igualdade enquanto processo. Isto é, para assegurar a igualdade não basta apenas proibir a discriminação, mediante legislação repressiva. São essenciais as estratégias promocionais capazes de estimular a inserção e inclusão de grupos socialmente vulneráveis nos espaços sociais. [...] As ações afirmativas devem ser compreendidas não somente pelo prisma retrospectivo – no sentido de aliviar a carga de um passado discriminatório –mas, também prospectivo –no sentido de fomentar a transformação social, criando uma nova realidade.” (PIOVESAN, 2010, p. 198)

No plano internacional cite-se a Convenção Internacional sobre eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial aprovada pelas Nações Unidas em 1965 e ratificada pelo Brasil em 27 de Março de 1968.

Em seu preâmbulo destaca-se o repúdio à discriminação racial e às doutrinas de superioridade baseada em diferenças raciais consideradas cientificamente falsas aliados ao reconhecimento da necessidade e urgência de se eliminar todas as formas de discriminação.

O artigo primeiro define que a discriminação racial “significará qualquer distinção, exclusão restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano,(em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de vida pública.”. O parágrafo 4º do mesmo dispositivo já previa ações promocionais.

Com a Conferência de Durban, realizada em 2001, reforçou-se a necessidade de adoção de mecanismos de ação afirmativa que, bem destacado por Flávia Piovesan, gerou significativo impacto nas políticas públicas do Brasil:

“A Conferência de Durban, em suas recomendações, pontualmente nos seus parágrafos 107 e 108, endossa a importância dos Estados em adotarem ações afirmativas, enquanto medidas especiais e compensatórias voltadas a aliviar a carga de um passado discriminatório, daqueles que foram vítimas da discriminação racial, da xenofobia e de outras formas de intolerância correlatas. Na experiência brasileira vislumbra-se a força catalizadora da Conferência de Durban no tocante às ações afirmativas, envolvendo não apenas os trabalhos preparativos pré Durban, como

especialmente a agenda nacional pós Durban, que propiciou significativos avanços no debate público sobre o tema. Foi no processo pós Durban que, por exemplo, assentou-se o debate sobre a fixação de cotas para afro-descendentes em Universidades, bem como sobre o chamado Estatuto da Igualdade Racial.” (PIOVESAN, 2010, pp. 200-201).

No plano interno especial destaque à Constituição Federal de 1988 que prescreve, como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a erradicação da pobreza e da marginalização aliadas à redução das desigualdades sociais e regionais; por fim a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (CF/88 art. 3º, incisos I, III e IV).

Cumprindo o comando constitucional foi publicada a Lei 12.288, de 20 de Julho de 2010 (Estatuto da Igualdade Racial) que prevê, dentre outros, a promoção de ações que assegurem a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho para a população negra, inclusive mediante a implementação de medidas visando à promoção da igualdade nas contratações do setor público. O art. 39 deste dispositivo prevê a adoção de ações afirmativas pelo poder público.

Alguns estados como Rio de Janeiro e Bahia aprovaram leis prevendo ações afirmativas nos concursos públicos de sua competência.

Recentemente o STF julgou a ADPF 186 que tratou da constitucionalidade da reserva de vagas, com base em critério étnico-racial, para acesso ao ensino superior. Como o vestibular é um concurso público, muitas das questões que foram suscitadas no julgamento da ADPF 186 podem vir à tona ainda que com roupagem um pouco diversa.

O Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP, José Claudio Monteiro de Brito Filho, elenca quatro importantes aspectos na decisão da ADPF 186: 1) compatibilidade das políticas de ações afirmativas com nosso ordenamento jurídico; 2) a questão do mérito para ingresso no ensino superior; 3) o caráter temporário dos programas de ação afirmativa e 4) a relação de proporcionalidade entre os meios e fins (BRITO FILHO, 2014, pp. 121-123).

Quanto ao primeiro aspecto o relator Min Ricardo Lewandowski foi enfático e mencionou expressa disposição constitucional a respeito (art. 37, inciso VIII) que trata da reserva de vagas para pessoas com deficiência. Já o Ministro Celso de Mello entendeu que o ato que estabelece as cotas na UnB é harmônico com a Constituição

e os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. (BRITO FILHO, 2014, p. 121).

Em relação ao mérito, este deve ser compatibilizado com o critério da igualdade material: “não se trata de abandonar o mérito, indicado como critério para o acesso ao ensino superior na Constituição da República, mas sim de relacioná-lo com a necessidade de promover o bem de todos, promovendo condições para que integrantes de grupos até então excluídos possam ter acesso ao bem importante que é a educação superior.”(BRITO FILHO, 2014, p. 122).

O antropólogo José Jorge de Carvalho já defendia uma análise crítica do princípio da meritocracia quando das discussões sobre a implementação das cotas nas universidades brasileiras:

Se a discriminação racial interfere na segurança e autoestima dos candidatos; e se a segurança e a autoestima interferem na capacidade dos estudantes negros de realizarem as provas ou testes em que enfrentarão estudantes brancos, é lícito perguntar se não seria possível e justo pensar em atribuir um diferencial de pontos ou peso por racismo no vestibular, por exemplo. (CARVALHO, 2011, p. 190)

O caráter temporário das ações afirmativas foi enfatizado pelo relator e o programa da UnB foi considerado constitucional no ponto uma vez que previu uma reavaliação do programa no prazo de 10 anos. Uma vez corrigidas as distorções que justificavam a medida, não haveria mais razão para sua existência. (BRITO FILHO, 2014, p. 122).

Quanto à proporcionalidade meios/fins o relator considerou que o prazo de 10 anos bem com a reserva de 20% das vagas para negros e um pequeno percentual para os indígenas configura um programa adequado e proporcional. (BRITO FILHO, 2014, p. 122).

1.1 DETALHAMENTO DA LEI 12.990

Com o advento da Lei 12.990, de 09 de Junho de 2014, eleva-se a discussão da problemática da reserva de vagas em concursos públicos ao nível nacional com possibilidade inclusive de questionamento de sua constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal.

Referido diploma, originado do Projeto de Lei da Câmara nº 6.738/2013, em seu artigo primeiro reserva “20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União” (art. 1º caput). Seu parágrafo primeiro dispõe que tal reserva de vagas aplica-se sempre que o número de vagas oferecidas for igual ou superior a três.

O critério estabelecido é o da autodeclaração segundo os parâmetros do IBGE. Assim aqueles que se autodeclararem pretos ou pardos podem concorrer às vagas reservadas aos negros com o alerta da hipótese de declaração falsa que sujeita o candidato às sanções administrativas, cíveis e penais (art. 2º e seu parágrafo único).

Dispõe o artigo 3º que os candidatos negros concorrem concomitantemente às vagas da ampla concorrência e, caso aprovados no sistema geral, não computa-se o preenchimento das vagas reservadas.

Por fim a lei em comento estabelece um prazo de 10 anos para a validade da medida (art. 6º caput) e não se aplica aos concursos com editais já publicados antes de sua entrada em vigor.

Quanto aos motivos que levaram à edição do diploma em comento destaco trechos do relatório do Senador Humberto Costa, relator do projeto de Lei 6.738/2013, no âmbito da Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal.¹

Para os defensores do projeto seria uma forma de combater a sub-representação dos negros na administração pública. O senador Humberto Costa cita dados do censo de 2010 em que se verificam 30% de servidores públicos federais ativos negros (pretos ou pardos) em contraste com os 50,7% de negros da população brasileira.

Prossegue o relator informando que em carreiras com maior remuneração a desigualdade é mais acentuada. Cita como exemplos as carreiras de diplomatas (apenas 5,9% de negros), auditores da receita (12,3 %) e a carreira de procurador da Fazenda Nacional (14,2%).

¹ SENADO FEDERAL. **Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania**. Relator: Senador Humberto Costa. Aprovado na 24ª reunião de 7/05/2014. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=149791&tp=1>> acesso em 25/11/14.

O nobre relator afirma que a reserva de vagas em concursos públicos é consequência do sucesso da adoção das cotas nas universidades destacando o ganho com a diversidade na produção do conhecimento. Também afirma que a discussão sobre a constitucionalidade das ações afirmativas já foi resolvida pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADPF 186.

1.2 OS NEGROS E O MERCADO DE TRABALHO ATUAL

A Nota Técnica 17, de Fevereiro de 2014, produzida pelo Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (IPEA), contém informações importantes, precisas e atualizadas sobre as desigualdades raciais no mundo do trabalho. As principais tabelas e gráficos do documento encontram-se no anexo I.

O documento chama atenção para as graves desigualdades que ainda persistem quando se comparam diversos indicadores sociais de negros e brancos. Dá-se especial destaque para a remuneração média dos ocupados no serviço público federal (R\$ 3.954,37). Nos serviços públicos estaduais e municipais a remuneração média é de, respectivamente, R\$ 2.626,17 e R\$ 1.315,51 (PNAD 2012).

A média de anos de estudos foi de 81% da média dos brancos em 2012 segundo a PNAD do IBGE.

Entre os trabalhadores com mais de 12 anos de estudos o rendimento médio dos negros equivale a 66% dos trabalhadores brancos e, no caso da mulher negra, 40% dos homens brancos segundo PNAD IBGE 2012.

A tabela 1 do documento mostra a sub-representação da população negra no mercado formal de trabalho. O problema se agrava quando se analisa o funcionalismo público e principalmente, o funcionalismo público federal.

Na tabela 2 destaca-se a desigualdade no percentual de ocupados no serviço público federal: 25,8% dos homens brancos e 19,8% dos homens negros; 11,6% das mulheres brancas e 7,5% das mulheres negras.

O gráfico 1 expõe a razão de rendimento médio mensal no trabalho comparado ao trabalhador branco no setor público: os homens negros ganham 65,7% do rendimento do homem branco, as mulheres brancas 68,6% e as mulheres negras 45%.

A tabela 3 contém o percentual de brancos e negros/pardos em relação as principais carreiras do serviço público federal. Observar que quanto mais valorizada a carreira menor é o percentual de negros/pardos sendo que a diplomacia apresenta a maior disparidade: 5,9% de pardo/negro e 94,1% de branca e outras.

O documento ressalta a importância da adoção de reserva de vagas para negros como política voltada à promoção da igualdade racial e confirmação dos compromissos internacionais e internos assumidos. Serve de modelo para o restante do servidor público e também para a iniciativa privada. Além disso promoveria a tão almejada diversidade na administração pública.

Também cita posição dos tribunais superiores endossando a reserva de vagas em concursos públicos, em especial a ADPF 186 do STF.

Os dados acima referidos demonstram os efeitos deletérios do preconceito racial no Brasil que, segundo Eder Bonfim Rodrigues, tornam o país um dos mais injustos do mundo:

“Apesar de ser uma das maiores economias do mundo e de possuir uma Constituição marcadamente democrática, o Brasil, país com a segunda maior população negra do mundo, ainda apresenta grandes disparidades sociais entre brancos e negros” (RODRIGUES, 2010, p. 157)

Por fim, com o intuito de aprofundar a análise da compatibilidade da ação afirmativa em comento com os preceitos constitucionais em especial a igualdade material e a justiça distributiva deve-se entender o conceito e os requisitos principais que a doutrina brasileira em geral prescreve para as ações afirmativas.

2 CONCEITO E REQUISITOS DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

2.1 CONCEITO

Para Joaquim B. Barbosa Gomes:

“ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário,

concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego” (GOMES, 2001, p. 22 APUD BRITO FILHO, 2014, p. 64).

Já a advogada Luciana Dayoub Ranieri de Almeida apresenta outra definição bem esclarecedora do papel das ações afirmativas:

“As ações afirmativas constituem, justamente, um instrumento (meio que se colhe da enunciação da ordem suprema) para a concretização do projeto equalizador previsto pelo constituinte de 88 (fim expressamente determinado pela Carta da República), consubstanciando-se em políticas desenvolvidas com o fim de mitigar desigualdades (econômicas, culturais, sociais, históricas etc.) através da concessão de alguma forma de vantagem apta a reequilibrar circunstâncias que tais.”(ALMEIDA, 2011, p. 62)

Roberta Kaufmann conceitua ações afirmativas conforme abaixo:

“Podemos conceituar as ações afirmativas como um instrumento temporário de política social, praticado por entidades privadas ou pelo governo, nos diferentes poderes e nos diversos níveis, por meio do qual se visa a integrar certo grupo de pessoas à sociedade, objetivando aumentar a participação desses indivíduos sub-representados em determinadas esferas, nas quais tradicionalmente permaneceriam alijados por razões de raça, sexo, etnia, deficiências física e mental ou classe social.” (KAUFMANN, 2007, p. 220).

A simples leitura desses conceitos nos indicam algumas diretrizes: as cotas representam apenas uma dentre as várias possibilidades de ações afirmativas; ações afirmativas não se restringem à esfera estatal visto que a iniciativa privada também pode desenvolver programas de inclusivos; as ações afirmativas buscam a concretização do princípio da igualdade material.

2.2 REQUISITOS DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

Em relação aos critérios adequados para a instituição de uma política de ação afirmativa colhemos das lições de Celso Antônio Bandeira de Mello e sua sempre lembrada obra O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. Em suas conclusões finais temos 5 indicações configuradoras de ofensa à isonomia. Assim basta ler ao contrário para se ter uma noção dos critérios adequados (BANDEIRA DE MELLO, 2013, pp. 47-48):

- 1) A norma deve abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada;
- 2) A norma deve adotar como elemento discriminador elemento residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas;
- 3) O tratamento jurídico diferenciado deve guardar pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados;
- 4) O fator discriminatório não pode conduzir a efeitos contrários aos interesses prestigiados na Constituição;
- 5) A interpretação da norma só pode extrair discriminações que foram assumidas por ela, ainda que implicitamente.

Nesta quadra seguiremos os requisitos mencionados por Luciana Dayoub Ranieri de Almeida (2011, pp. 65-69):

- 1) Dirigir-se a um grupo de pessoas vulneráveis;
- 2) O grupo deve ser objetivamente identificado;
- 3) Observância da regra de medida (proporcionalidade): o favorecimento deve ser proporcional à desigualdade a ser corrigida;
- 4) A política afirmativa deve ser adequada (razoabilidade) à correção almejada;
- 5) Deve ter por objetivo específico a correção da desigualdade;
- 6) Por fim, as políticas de ação afirmativas devem ser temporárias, vigendo apenas enquanto persiste a situação de desigualdade.

3. A BUSCA DE UM FUNDAMENTO PARA AÇÃO AFIRMATIVA EM CONCURSO PÚBLICO.

3.1 DWORKIN E O DIREITO COMO INTEGRIDADE

Dworkin entende o ordenamento jurídico como um sistema aberto de regras e princípios. Isto porque um sistema jurídico fechado de regras enfrentaria muitos problemas pois, em caso de conflitos, as regras são aplicadas na base do tudo ou nada. Os casos fáceis até poderiam ser satisfatoriamente resolvidos por um sistema fechado de regras.

O mesmo não pode ser dito dos casos difíceis (hard cases) que reclamam uma solução mais engenhosa, flexível do direito. As regras devem ser interpretadas à luz de princípios, podendo ser afastadas caso não atendam ao princípio (ou princípios) referentes ao caso concreto. Os princípios apenas se excepcionam na solução do caso concreto, nunca a priori. Não dá para saber de antemão como os princípios concorrerão para a solução de um hard case. O fato de um determinado princípio prevalecer na solução de um determinado caso não significa que prevalecerá em outro.

O direito como integridade é a concepção proposta por Dworkin para explicar e interpretar a prática jurídica. É, ao mesmo tempo, produto da interpretação da prática jurídica e fonte de inspiração (DWORKIN, 1999, p. 273).

Com o intuito de melhor explicar o papel de um juiz em uma comunidade de princípios Dworkin recorre a uma figura muito interessante: a de um romance em cadeia.

Neste interessante exercício literário um grupo de escritores reúne-se para escrever um romance em série. Cada romancista está incumbido de interpretar os capítulos que recebeu e escrever um novo capítulo. Os capítulos devem ser escritos de modo a criar da melhor maneira possível o romance. E mais: cada autor deve elaborar a sua parte de maneira que o romance seja visto como obra única e coerente, como se feita por um único autor.

A interpretação a ser dada ao romance deve passar por um tipo de teste composto de duas dimensões: a primeira delas é a da adequação. Assim, o autor deve analisar se uma dada interpretação é compatível, adequada com todo o texto que lhe foi entregue. A segunda dimensão diz respeito a qual das interpretações que passaram pela primeira fase torna o romance melhor, mais atraente.

Ao interpretar o que já foi escrito, um romancista é influenciado por suas convicções pessoais, seus juízos estéticos e outras formulações, enfim, pelo seu sistema geral de crenças e atitudes.

3.1.1 O juiz Hércules

O papel do juiz que aceita a integridade é semelhante ao exercício literário acima descrito. A semelhança é mais evidente quando o juiz examina e decide casos de Common Law.²

Ao interpretar e solucionar os casos, sejam do common law, sejam casos que envolvam a interpretação de uma lei ou até mesmo da constituição Hércules também é influenciado por seu sistema geral de crenças e atitudes, suas idéias gerais sobre equidade, justiça e devido processo legal, dentre outras (DWORKIN, 1999, pp 298-299).

O congresso é como se fosse um autor anterior a Hércules na cadeia do direito. Hércules exercerá um papel criativo ao interpretar uma lei no sentido de escolher qual interpretação da lei é mais adequada e mais atraente, ou seja, qual interpretação mostra da melhor maneira o desenvolvimento político desde a edição da lei até o momento em que o nosso juiz está a exercer seu papel.

Hércules enxerga as leis de um modo que decorra da melhor interpretação do processo legislativo como um todo. Ele deve encontrar a melhor explicação possível para um evento legislativo do passado.

A equidade faz com que Hércules se volte para as convicções legislativas concretas que descobriu já que os políticos costumam ser representativos das pessoas que os elegem. Assim, prestar atenção às opiniões dos legisladores no bojo do processo legislativo significa se voltar para a opinião pública.

A integridade exige que encontre uma justificativa que se ajuste à lei objeto de interpretação e que esta seja coerente com a legislação em vigor, ainda que Hércules se afaste das intenções concretas dos legisladores:

Isso significa que ele deve perguntar-se sobre qual combinação, de quais princípios e políticas, com quais imputações de importância relativa quando estes competem entre si, pode proporcionar o melhor exemplo para aquilo que os termos claros da lei claramente requerem (DWORKIN, 1999, p. 405).

² Ao expor a complexa estrutura da interpretação jurídica Dworkin utiliza a figura de um juiz imaginário, com capacidade e paciência sobre-humanas, adepto da teoria do direito como integridade, conhecido como Hércules.

De acordo com a idéia de integridade, Hércules é um juiz em uma comunidade de princípios (Estado personificado) e não pode ignorar o costume do histórico legislativo, das declarações formais de propósitos e demais convicções institucionais gerais feitas em nome do Estado (DWORKIN, 1999, p. 414).

3.2 DWORKIN E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Ronald Dworkin possui uma preocupação especial com o princípio da igualdade em seu sentido material. Após analisar e refutar as principais vertentes da corrente de igualdade de bem estar propõe uma nova concepção: a igualdade de recursos.

Nesse mister o jus-filósofo recorre a um artifício: o leilão hipotético. Nesse exercício imaginativo ele supõe que um grupo de náufragos chega a uma ilha deserta repleta de recursos. Decidem que esses recursos devem ser divididos de maneira igual. Para tanto optam pela realização de um leilão. Elegem um representante para comandar o leilão. Cada participante recebe igual número de conchas, a moeda disponível na ilha. O leilão será bem sucedido se, após sucessivos lances, cada imigrante não desejar o quinhão alheio: é o que Dworkin denomina de teste de cobiça. (DWORKIN, 2013, pp. 79-81).

Fleischaker chama atenção para duas questões que predominam nas discussões sobre justiça distributiva: que bens devem ser distribuídos e quanto desses bens as pessoas devem ter (FLEISCHAKER, 2006, p. 169 APUD BRITO FILHO, 2014, p. 48).

Dessa maneira Dworkin defende que as pessoas devem ser iguais não em bem estar mas em recursos. E mais: em recursos impessoais. Isso porque os recursos pessoais, inatos à pessoa como os talentos e habilidades, não são objeto de partilha (BRITO FILHO, 2014, pp 50-51).

Ainda em relação ao tipo de bem que se distribui vale anotar a contribuição de Amartya Sen, que muda o foco para a capacidade humana de realizar funcionamentos. Entende-se por funcionamentos os estados e ações e que podem

variar de coisas elementares como estar nutrido adequadamente, boa saúde, até realizações mais complexas como ser feliz, ter respeito próprio (SEN, 2001, p. 35 APUD BRITO FILHO, 2014, p. 55).

Dworkin mostra especial preocupação com as interações pós-leilão pois a dinâmica de trocas e a diferença de talentos e deficiência das pessoas acabam por gerar desigualdades. Em vista disso ele pensa em um mecanismo de ajuste denominado mercado hipotético de seguros.

Um dos méritos de Dworkin é que ele “eleva o patamar da igualdade; pensa a distribuição de forma mais igualitária [...] amplia a discussão, que deixa de ser somente uma discussão de classe para atentar para os grupos vulneráveis” (BRITO FILHO, 2014, p. 52).

Adoto o entendimento de Brito Filho que associa as “deficiências” como qualquer condição que conduza à vulnerabilidade e que, portanto, seu custo deve ser levado em conta no leilão ou nos ajustes posteriores (mercado de seguros de Dworkin) compensando-os.

Dworkin é favorável às ações afirmativas e deixa bem claro sua posição quando defende o sistema americano de cotas em universidades. Cita um famoso estudo (The Shape of the River) que, em sua opinião “oferece estatísticas muito mais abrangentes e uma análise muito mais aprofundada do que todos os estudos anteriores.” (DWORKIN, 2013, pp. 550-551).

Por fim transcrevo um dos argumentos de Dworkin que também se aplicam no caso de cotas em concursos públicos. Tratam-se da necessidade de maior diversidade e uma representação adequada dos negros nos principais setores da sociedade:

“O estudo de River indica duas finalidades principais que justificam os exames de admissão sensíveis à raça: a necessidade da própria universidade de contar com a diversidade racial no corpo discente, e a necessidade da comunidade de uma presença maior dos membros das minorias em importantes papéis políticos empresariais e profissionais.” (DWORKIN, 2013, p. 600).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tomando emprestado a ideia do leilão seríamos otimistas se disséssemos que os negros saíram do leilão em condições desiguais. O que de fato aconteceu foi muito pior: sequer participaram do leilão. Foram objeto da distribuição dos recursos por mais de 300 anos de escravidão.

Não se está a defender esse lado de compensação histórica. Faz apenas por registro. O principal das ações afirmativas, e com as cotas em concursos públicos não é diferente, é olhar a situação atual e pensar o futuro. Verificar, como fizemos, a situação sócio-econômica tão bem descrita nas tabelas e gráficos do Ipea, e manter o foco na solução, no futuro.

Tem-se, portanto, **duas ideias centrais** presentes tanto na discussão da ADPF 186 quanto na análise de Dworkin sobre as cotas em universidades: **diversidade e representação**. Elas representam o elemento chave a fundamentar a igualdade material tanto nas ações afirmativas em universidades quanto agora nos concursos públicos.

Por tudo isso entende-se que a lei em questão cumpre os requisitos acima descritos das ações afirmativas. Além disso possui bons fundamentos para indicar sua constitucionalidade. O Estado deve interferir ativamente oferecendo cotas nos concursos públicos para os seus quadros como forma de contribuir para a efetivação da igualdade material.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Luciana Dayoub Ranieri de. **Ações afirmativas e a concretização do princípio da igualdade no direito brasileiro**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. 116 p. v. 1.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Ações afirmativas**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2014. 135 p. v. 1.

CARVALHO, José Jorge de. **Inclusão étnica e racial no Brasil: a questão das cotas no ensino superior**. 2. ed. São Paulo: Attar, 2011. 211 p. v. 1.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 513 p. v. 1.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. 593 p. v. 1.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: A teoria e a prática da igualdade**. Tradução de Jussara Simões. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013. 689 p. v. 1.

FLEISCHAKER, Samuel. **Uma breve história da justiça distributiva**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. 278 p. v. 1.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social: A experiência dos EUA**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 444 p. v. 1.

IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Nota técnica nº 17 de Fevereiro de 2014. **Reserva de vagas para negros em concursos públicos: uma análise a partir do Projeto de Lei 6.738/2013**. SILVA, Tatiana Dias; SILVA, Josenilton Marques. Brasília, Fevereiro de 2014. Disponível em :http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/140211_notatecnica_disoc17.pdf.pdf.> Acesso em 24.11.2014.

KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. **Ações afirmativas à brasileira. Necessidade ou mito..** 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.311 p. v. 1.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. 48 p. v. 1.

PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas no Brasil: desafios e perspectivas. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de direito constitucional**. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. Parte II, cap. IV, p. 193-206. v. 1.

RODRIGUES, Eder Bonfim. **Ações afirmativas e o princípio da igualdade no estado democrático de direito**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2010. 250 p. v. 1.

RODRIGUES, Eder Bonfim. Igualdade e ações afirmativas nos Estados Unidos e no Brasil. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de direito constitucional**. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. cap. V, p. 207-231. v. 1.

SEN, Amartya. **Desigualdade reexaminada**. 1. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001. 304 p. v. 1.

SENADO FEDERAL. **Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania**. Relator: Senador Humberto Costa. Aprovado na 24ª reunião de 7/05/2014. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=149791&tp=1>> acesso em 25/11/14.

ANEXO I: TABELAS E GRAFICO EXTRAÍDOS DA NOTA TÉCNICA 17 DO IPEA.

Tabela 1 – Distribuição dos ocupados por cor ou raça – Brasil, 2012.

Ocupação	Branços	%	Negros	%	Total
População economicamente ativa	46.676.621	47,0	51.865.337	52,2	99.375.883
População ocupada	44.304.224	47,5	48.267.209	51,7	93.365.155
Empregados com carteira	19.192.403	51,6	17.678.843	47,6	37.161.816
Funcionários Públicos e Militares	3.752.633	53,8	3.157.842	45,3	6.975.991
Funcionários Públicos e Militares no setor federal	677.813	58,3	468.689	40,3	1.163.411
Ocupados no Setor Público	5.871.451	51,5	5.411.788	47,4	11.406.597
Funcionários Públicos / Militares	3.752.633	53,8	3.157.842	45,3	6.975.991
Empregados - Setor Público	2.118.818	47,8	2.253.946	50,9	4.430.606
Ocupados no Setor Público Federal	1.021.091	58,6	695.788	39,9	1.743.259
Ocupados no Setor Público Estadual	1.936.987	54,0	1.593.157	44,4	3.590.204
Ocupados no Setor Público Municipal	2.913.373	48,0	3.122.843	51,4	6.073.134

Fonte: IBGE/PNAD 2012

Elaboração: IPEA/DISOC/NINSOC - Núcleo de Informações Sociais Nota: População acima de 15 anos.Total inclui indígenas e amarelos.

Tabela 2 – Distribuição da população ocupada no setor público, por sexo, cor ou raça, segundo posição na ocupação e setor de atuação - Brasil, 2012.

Categoria de Ocupação	Cor/Raça e Sexo					Total
	Homens Brancos	Homens Negros	Mulheres Brancas	Mulheres Negras	Outros	
A)Ocupados no Setor Público	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0
Funcionários Públicos / Militares	63,2	58,6	64,4	58,2	53,1	61,2
Empregados - Setor Público	36,8	41,4	35,6	41,8	46,9	38,8
B)Ocupados no Setor Público	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0
Ocupados no Setor Público Federal	25,8	19,8	11,6	7,5	21,4	15,3
Ocupados no Setor Público Estadual	33,9	31,9	32,4	27,5	48,7	31,5
Ocupados no Setor Público Municipal	40,4	48,2	56,0	65,0	29,9	53,2

Fonte: IBGE/PNAD 2012

Elaboração: IPEA/DISOC/NINSOC - Núcleo de Gestão de Informações Sociais

* a população negra é composta por pretos e pardos

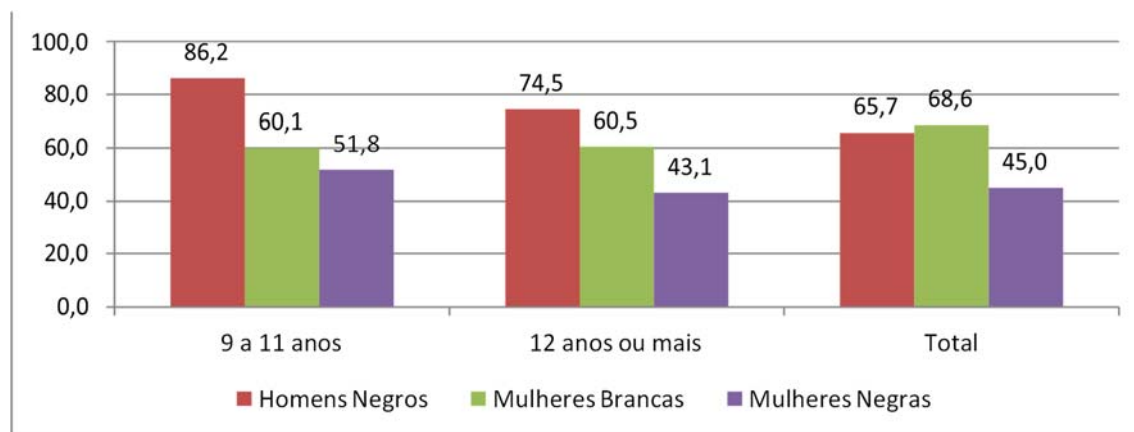
Tabela 3 – Raça/cor dos servidores que ingressaram no serviço público federal por grupo-cargo - 2007 a 2012

GRUPO-CARGO¹⁶	Branca e outras¹ (%)	Pardo/Negro¹⁷ (%)
Diplomacia	94,1	5,9
Cargos da CVM/SUSEP – superior	93,8	6,3
Carreira de desenvolvimento tecnológico – superior	90,7	9,3
Carreira pesq. desenvolvimento Metrol e qualidade	90,2	9,8
Auditoria da Receita Federal	87,7	12,3
Carreira de oficial de chancelaria	86,7	13,3
Carreira de procurador da Fazenda Nacional	85,8	14,2
Advocacia Geral da União (AGU) - carreira da área jurídica	85,0	15,0
Cargos das agências reguladoras – superior	84,4	15,6
Carreira fiscal do trabalho	83,4	16,6
Carreira na Defensoria Pública	80,5	19,5
Carreira de desenvolvimento tecnológico - intermediário	76,3	23,7
Carreira da prev. da saúde e do trabalho - intermediário.	64,2	35,8
Carreira de perito federal agrário-Incra	62,8	37,2
Especialista em meio ambiente	62,1	37,9
Plano geral de cargos Poder Executivo-nível intermediário	61,2	38,8
Carreiras de suporte técnico - vários órgãos - intermediário	61,2	38,8
Carreira do DNPM - intermediário	60,0	40,0
Carreira de reforma e desenho agrário-Incra	58,3	41,7
Plano especial de cargos da cultura - intermediário	56,3	43,7

Fonte: SIAPE. Dados relativos à a agosto de 2012. Notas:

1. Inclui raça/cor branca, amarela e indígena.
2. Exclusivo os servidores que ingressaram no período e não possuem informação de raça/cor: 15,4% (23.133) do total de 149.619 ingressos.

Gráfico 1 - Razão de rendimento médio mensal no trabalho principal da população de 16 anos ou mais de idade ocupada no setor público, por sexo e cor ou raça* e anos de estudo - Brasil, 2012 (em percentual comparado ao trabalhador homem branco).



Fonte: IBGE/PNAD 2012

Elaboração: IPEA/DISOC/NINSOC - Núcleo de Gestão de Informações Sociais

* a população negra é composta por pretos e pardos

** a parcela da população que não informou anos de estudo não foi considerada no cálculo (*) militares e funcionários públicos ocupados no setor público

(**) a razão de rendimento tem como base o rendimento médio do homem branco